

特集「グローバル化と公法・私法の再編」序文

藤 谷 武 史

(1) 近年急速に進展する経済・社会のグローバル化は、近代以降のわれわれの思考を暗黙裏に規定してきた主権国家中心の秩序観や観念体系を相対化しつつある。社会科学に属する様々な学問領域は、それぞれの問題意識に基づきグローバル化の理論的・実践的インパクトを受け止め、新たな理論枠組みを生み出しつつあるものと思われる。もとより法学もその例外ではない。否、むしろ、「規範」を分析対象とする法学こそが、主権国家中心の秩序観に最も深く依存してきた学問領域であり、それゆえに最も深刻な理論的反省を迫られている領域と言いうるかもしれない。本特集は、「公法・私法の再編」という視角（詳しくは後述する）から、この課題にアプローチするものである。

もっとも、以上のような問題認識は、（少なくとも日本の）法学においては依然として少数派のそれに属しており、日本語で思考する法学者や法律家に対して本特集の問題設定が有意であることを説明する義務は、本特集の側に課されている。これと同時に、今日の社会科学の諸領域において、「グローバル化」と称される現象の認識・受容のあり方は（各分野の従来の分析対象や問題設定に依存して）様々であると思われるため、〈法学の観点からグローバル化が「なぜ」「いかに」問題となるのか〉を、他の学問分野の読者が理解しうる形で提示しておくことも（本誌の特性に鑑みてとりわけ）必要ないし有益であろう。この序文は、以上の2点をその使命とする。

(2) 「グローバル化」という語には、かつて「国際化」として論じられた現象（例えば筆者の専門である公法学では、1980年代以降、「公法の国際化」が論題として登場し始める）と重なりつつも、異なる含意が含まれている¹⁾。「国際化」(*inter-nationalization*)が、自国と対等な国際法主体である他の主権国家との「国家間」の相互作用（その端的な表れとしての国際条約、ないしそれらに基づく国連等の国際機関）に注目するものであったのに

1) 公法学における同様の指摘として参照、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と国民国家の将来」公法研究 74号（2012年）83頁、93-94頁。

対して、「グローバル化」は、国家法秩序の内部と外部の峻別（国内法と国際法の棲み分けと言ってもよい）自体の相対化や、私的主体によるグローバルなデファクト・スタンダード形成を国家法秩序がほとんど不可避免的に受容するといった公私の境界の相対化、に光を当てる（この文脈でしばしば *trans-national* の語が用いられる）。すなわち、グローバル化の下で相対化され方法論的に反省を迫られているのは、法学における国家中心の思考枠組み（方法論的国家主義 *methodological nationalism*²⁾）である、ということになる。

(3) こうした知的変動を「法のあり方ないし（法学による「法」の）観念のされ方の変化」として位置づけ直すと、大きく2つの側面があることが指摘できる。第1の側面は、国家法秩序の相対化であり、第2の側面は、法の諸機能領域への分化、である。

第1の国家法秩序の相対化とは、第2次世界大戦以後、先進国に広まった立憲民主政の政治体制の下で、憲法の規定する人権規範の枠付け³⁾の範囲内で民主的正統性を背景にした議会の立法こそが第一義的な法規範の源泉となる（慣習や私的規範などは国家法が承認・黙認する限りで規範として妥当することが許容される）という階統的な〈法〉理解が、法の実態についての説明力を低下させ、あるいは規範理論としての訴求力を失う、という状況を指す。とりわけ、以下の2点が特徴的な現象として指摘できよう（*sui generis* な法秩序とされることが多い EU はひとまず措く）。

- ① 国家法秩序の自律性の相対化—古典的な国家の合意（契約モデル）に基づく基本条約（WTO や国際環境条約など）の傘の下で、締約国会合などの場における、多数決による議定書改訂手続や、条約違反の判定手続における規範の適用・解釈を通じて、副次的な規範が実質的に形成され、条約締約国が個別・明示的合意なしにこれに国際法上拘束されるといういわゆる「二次法」の形成、および国際条約の「実施」という局面における国内法秩序への浸透、がその具体例である。
- ② 法規範形成の国家独占の相対化—いわゆる *lex mercatoria* や ISDA Master Agreement のように、国境を超えた商取引を継続的に行う市場参加者の間で非国家的規範が形成され、それが現実に通ずる（参加者がそれに拘束されたかのような行動をとる）現象や、私的組織である ISO が技術的問題として行う様々な基準設定が、デファクト・スタンダード化して各国家の規制基準においてもこれを無視し得なくな

2) See, e.g., Ralf Michaels, "Globalization and Law: Law Beyond the State" (March 15, 2013), Law and Social Theory (Banakar & Travers eds., Oxford, Hart Publishing, 2013), forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2240898>.

3) 積極的に国家プログラムを指示するという憲法観と、民主的立法裁量を前提とした上での「限界付け規範」としての憲法観の対比については、西原博史「憲法構造における立法の位置づけと立法学の役割」ジュリスト 1369号（2008）32頁が有益な整理を与える。

る（あるいは積極的に利用される）現象、多国籍企業ネットワークの自主的な内部規範（途上国における労働・環境基準など）の形成、といった現象を挙げることができる。

第2の法の諸機能領域への分化とは、公法の基本法たる憲法と私法の基本法たる民法を基軸とする国家法秩序が権利義務の一般的体系として（個別領域の事情に応じた特別法を派生させつつもなお一般法への連絡を失わない形で）存在している、というかつての観念とは対照的に、現代社会においては、金融、環境、医療、食品や製造物の安全管理、インターネット、スポーツ等々、法が様々な問題領域へと分化し、各領域の課題に機能的に対処するための規制手段としての合理的な発展を遂げる傾向を強める、という状況を指す。しかもグローバル化の下では課題の多くも越境的な性格を強め、これに対処する各論領域ごとの専門家集団も国境を越えてネットワーク化するため、問題領域ごとの機能的かつグローバルな法発展はますます国家法秩序としての体系性やインテグリティとは離れた形で純化し、国内法秩序の観点からは「断片化」とも映る現象が生じることになる。

(4) 以上のように、国家法秩序が相対化され、機能的多元化に晒される現状は、グローバル化社会に対応する新たな法秩序像を示すものとして肯定的に評価することも可能かもしれない。実際、本特集に寄せられた論攷はいずれも、徒に国家法の地位低下を嘆くことではなく、これを積極的に捉えた上で新たな見通しの提示を試みるものである。

ただし、国家法秩序の相対化が、本質的に強制の契機を伴う〈法〉が有すべき正統性を、立憲民主主義によって正統化された「国家」という単位に基礎付けてきた、近代以降に主流の〈法〉秩序観との間に、容易に解決しがたい緊張関係を孕むことは指摘されねばならない。国家法秩序の相対化は、（より機能的で実効性の高い？）非国家規範（これを「法」と呼ぶべきかどうかという問題については本特集の那須論文を参照）によって補完・代替されており、規範自体の希釈化は必ずしも生じていないが、国家の法的関与は希釈化されている。それは国家というシステムが備える（永年の政治的苦闘の末に辛うじて備えるに至った）正統性調達の回路に拠らない形で正統性の問題が処理されなければならないことを意味する。国家＝レヴァイアサンが退場した以上、強制の契機は去り、正統性の問題は解消する、という考えも不可能ではないが、例えば「市場」の構造について相当に用意周到な前提を置いた上で展開されるのでなければ、あまりにも楽天的との謗りを免れないであろう。

また、法の諸機能領域への分化（による純化）は、法の実効性の観点からは必然の成り行きという面もあるが、複数領域が交錯する局面において各々が妥当要求を掲げる規範間の抵触をうまく解決できなければ、かえって予測可能性を低め、機能低下を招きかねない。また、法の道具的機能性という観点からも、部分システムとしての合理性追求がその外部

性を十分考慮せず行われる場合には、かえって全体としての不整合・不適應をもたらす可能性も皆無とは言えない。（これが適切な例と言えるかどうか自体が論争的であるが）例えば、2008年の世界金融危機の要因となった金融機関によるアグレッシブな収益追求は、破綻時に（より大きな混乱を避けるために）公的介入が不可避的に行われることを暗黙のプット・オプションとして織り込んだ — ところがそのプレミアムは支払われておらず、負の外部性ないしフリー・ライダー的な — 行動であったが、2008年までのグローバル金融規制はそのことを視野に入れてこなかった⁴⁾。諸機能領域への分化には、規範形成に關与する人的範囲の限定 — これがコミュニケーション上の様々な利点をもたらすことは言うまでもない — によって、多様で有益な知見のインプットを制約してしまう場合がありうるかもしれない。

(5) もちろん、本稿執筆現在において、合法的な暴力行使を独占する国家は法規範の強制的な実現（執行）における唯一の地位を依然として占めているし（国家が運営する裁判所システムの外部で行われる国際商事仲裁も、仲裁条約を媒介として国内裁判所によって執行されることを、その実効性の裏付けの一部としていることは否めない）、形式的な意味で国家法的に違法な状況が生じていることは（皆無とはいき切れないものの）稀である。上述した諸問題は、グローバル政治ないしグローバル規制の問題としてはともかく、「法」の問題として捉えるには的外れないし大袈裟であって、グローバル化の下でも、近代以降われわれが国家法を中心に構築してきた「法」に関する見方を何ら変える必要はない、という議論も十分に成り立つ。あるいはこのような対立軸自体が觀念の遊戲に過ぎない、法は道具として機能しておればそれでよいのであって、法的问题が具体的に生じている場合に肅々と対処すればよい、という批判も（法実証主義者と、実証に立脚する社会学者 — 両者はその名称以外にほとんど共通点を有しないが — の双方から）予想されるところである。したがって、本特集は、上述した「グローバル化の下での新たな法現象」（と主張するもの）が、法学的に／学問的に論じるに値する問題であることを論証しなければならない。抽象的なレベルでの考え方は既に上記（4）において示したところであるが、具体的には、本特集の各論攷が何を「新たな問題」として認識し解決を模索しているか、その説得力に委ねられるところである。

4) もちろん、これとは逆に、政治的要因から金融市場にその本来の役割以外の役割 — 金融緩和によりサブ・プライムの住宅ローンへの資金供給を容易にすることで、財政によらない所得再分配を追求した — が押しつけられたことが問題の根源である、との解釈もあり得る。例えば参照、Raghuram G. Rajan, *Fault Lines: How Hidden Fractures Still Threaten the World Economy* (Princeton, 2010)。

(6) 既に述べてきたように、本特集は、グローバル化が〈法〉の実態と観念体系にもたらす変化を法学の課題として認識し、新たな理論枠組みの見通しを示すことを目的とする。そのための具体的な素材の選択と方法論は、各寄稿者の自由な選択に委ねられたところであるが、「公法・私法の再編」という標題を掲げた本特集としての理論的視点をここに示しておくことは有益であろう。

本特集は、グローバル化がもたらす〈法〉の変化を捉えるために、「グローバル化の下での公法と私法の関係の再定義」と「多元化（断片化）された法の抵触、およびその調和化の方策」という2つの理論的視点を提示した。本特集に寄せられた諸論攷は、これらのうちの一方または両方に呼応したものとなっている。

第1の、「グローバル化の下での公法と私法の関係の再定義」に関しては、本特集の原田論文がその序論において明快に叙述するように、国家法中心の思考様式自体に関わる面と、日本法に固有の状況に起因する面とが存在する。1990年代以降の規制緩和や「国家の撤退」現象の中で、財政によって支えられた公的組織（行政）によらない統治ないし社会管理の方策が求められ、公的主体と私的主体の協働、公法（行政法）と私法（民事法）の組み合わせによる政策実現が日本を含む世界各国の国内法の文脈で語られてきたが、これをグローバルな政策空間へと拡張することには、既に上記(4)で述べたような諸問題（これは国内公法の観点からの懸念ということができよう）に加えて、国際私法においてなお根強い、公法と私法の峻別論（私法実質法については内外国法の互換性を前提として準拠法ルールによる処理がなされるのに対して、国家政策の反映としての公法については属地主義を原則とする）との関係が問題となる。国内において公法と私法の領域は相対化されるのに対して、「国際的」には公法と私法の間には断絶がある、これはなぜか、という素朴な疑問を出発点とする。その上で、(上記(2)で述べたように「国際的」と対比される)「グローバル／トランスナショナル」な領域においては、公法／私法という区別は — あるいはそもそも、「公法」「私法」の概念自体が — 維持されうるのか、全く異なるものへと変容を遂げるのか。これは、国家と〈法〉との関係を裏側から問うことに等しい。

第2の「多元化された法の抵触と調和」は、法の歴史においてはむしろ例外に属するとも言える〈主権国家における法の体系的統一〉という思考が改めて相対化される中、改めて国際法と国内法の関係という古典的な問題に立ち返ることも含めて、多様な領域に跨がる法や規制を接合し調和させることはいかにして可能か、を問う。すでに諸機能領域への法の多元化が実務主導でかなり進展し、規範間抵触の問題の重要性は我が国でも漸く認識されつつある。これは端的にはグローバルに形成された非国家規範を国内法としての抵触法上どう扱うか、という問題として表れるが、そもそも抵触法は何を目的とする規範なのか、他国ないしトランスナショナルな「公法」規制をどう扱うのか、等々の問題に答える

上では、国家法秩序を基軸として維持するのか、自生的秩序を重視し法多元主義へと舵を切るのか、あるいは第3の道があるのか、という理論的見通しを持つことが不可欠である。これもまた、国家と〈法〉の関係を、第1の視点とは異なる角度から問い直すことにほかならないし、こうした検討に際して重視する価値や論理構成に関して、公法学に属する論者と、私法学に親近感を持つ論者との間に、一定の差異を見出すことができよう。その意味では、第1・第2の理論的視点は、相互に交錯するものとなっている。

(7) 上述の通り、本特集に寄稿された10本の論文は、上記の問題意識を共有しつつもそれぞれに独立した論文として存在している。したがって、ここでは各論文が本特集の問題設定との関係でどのように位置づけられ得るかについてごく簡潔に述べるにとどめ、読者には各論文の直接の参照を乞いたいと考える。

本特集の劈頭を飾る原田論文は、国内公法（行政法）学の観点から、国家を基軸に据える国内公法の観念体系が、グローバル化の下でいかに再定義され、新たな役割を担うのか、を検討する。比較対象としてドイツ公法学の国際的行政法論の議論が参照され、そこから示唆を引き出す形でグローバル化に対応する公法・私法関係論の指針が示される。とりわけ、公法学がその根幹的価値を維持しつつグローバル化を受け入れ「開かれていく」際の新たな規律概念となるべき「開かれた正統性」概念という極めて野心的な提案を行っている点が注目に値する。

これに続く村西論文は、国内公法（憲法）学の観点から、〈国家を中心とする公法秩序〉の法制度的具体化である議会留保法理に焦点を当てる。これは、国家の統治上本質的重要性を帯びる権限の行使を、民主的正統性を有する議会に担わせる（他の機関一特に政府一への委任を禁ずる）という憲法規範であるが、政策課題のグローバル化が実質的政策決定過程をも脱国家化させる中、緊張関係が生じている。村西論文は、欧州金融危機の対策として登場したEFSFの創設・運用に係るドイツ国内での論争に焦点を絞り、従来の議会留保の考え方がグローバル化の下での現実的妥当性といかに調和できるか、について極めて興味深い考察を提供している。

原田・村西論文の（ドイツ公法学的な）国家を基軸とする公法秩序観を相対化しうる視点を提示するのが、アメリカを中心に世界的な広がりを見せつつある「グローバル行政法」を検討する興津論文である。興津論文は、国境を越えた諸課題への対応であるグローバル・ガバナンスを、アカウンタビリティを基軸とする手続的な法原理によって規律しようとするグローバル行政法の試みに、国家中心の思考に還元されない固有の意義を認めつつ、その基軸となる「アカウンタビリティ」の概念を法学的に吟味することで、グローバル行政法の規範構想・秩序構想を問い、「国家なき行政法」の存立可能性を探る。広く〈法〉と

は何か、という問いに通じるものであり、後述する那須論文とも呼応する論攷となっている。

広義の私法の観点から、法のグローバル化の下での公法私法区分の再定義を行い、機能的法多元主義への積極的展望を示すのが、浅野論文である。浅野論文は、本稿(3)で整理した多元的な法状態の台頭を「法の本来的在り方に反するものではなく、人々の活動の多様性・紛争の多様性に適合的な解決の場所を提供し、法の機能を高める」ものとして位置づけ、私法理論に立脚して法多元主義に新たな法理論の基礎を与える。その上で、法多元主義が必然的に引き受ける法の抵触問題について、問題を人為的に分断し解決すべき対象を限定した上で個別具体的かつ暫定的な解決を与えることを繰り返す国際私法的な法抵触への対処方法が有益である、という極めて斬新な見通しを示す。

那須論文は、浅野論文と同じく法多元主義を対象とするが、これを法概念論の観点から分析する。「グローバル化」や「社会規範の多元性」という言説の一人歩きを戒め、従来の法哲学の理論蓄積の中に位置づけることで、本特集が対象としている法現象が、いかなるインパクトを持ち、従来の法学が取り組んできた問題といかなる関係に立つのか、が明晰に示される。とりわけ、〈法〉の資格要件にとって「国家」は必然ではない(可能性がある)、という指摘は、本特集の扱う問題をなお近代法の枠組みと調和させる可能性を開くものと言えるだろう。

本特集が扱うグローバル化の下での国家法の相対化および法規範の多元化の問題に早くから向き合ってきたのが抵触法学である。横溝論文は、グローバル化に対応した抵触法学のあり方 — それは抵触法とは何かという問題と不可避免的に結びつく — を巡る近年の議論動向を整理し、その意義と問題点について検討を加えている。様々な野心的提言がなされ活況を呈する議論領域であるが、それらの得失を冷静に見極めた上で、抵触法の理論的枠組みの再定義を具体的素材への適用可能性を常に念頭に置きつつ進めていくための出発点を提供するとともに、本特集にとっての理論的支柱の一つを提示する論文である(たとえば、前述の原田論文における公法抵触法のアイディアと対比せよ)。

ここまでの諸論攷が基本的に国内法の観点から、グローバル化による法の変容を論じるものであったのに対して、続く2本の論文は、いずれも人権に深く関わる領域において、国際法と国内法が輻輳する状況に光を当てるものである。

まず、小畑論文は、国際法学の観点から、国際機関による国際法的に根拠を有する決定が国家法(ないし国際法に対するヨーロッパ共同体法)上の人権規範に抵触する場面において、いかなる調和ないし調整が可能であるか、という問題を検討する。小畑論文は、国際法・国内法のいずれかが優位に立つべきという発想を採らず、両者をともに相対化した上で、重疊的な適用による解決の可能性を提示する。その際に興味深いのが、国際私法上の概念である「強行法規の特別連結」論が参照されていることである。これは、多元的な

法の間での抵触と並ぶ本特集のもう一つの焦点であるところの、グローバル化の下での公法／私法の相対化の問題にも深く関わるからである。

さらに、大西論文は、ヨーロッパ法である家族呼び寄せ指令と、ドイツ国内法である新移民法制が、相互に緊張関係に立ち影響を与え合いつつ、展開してきた様子を克明に紹介し、検討を加える。移民法制はグローバル化の最前線であると同時に、「移民の家族」という問題が設定されることによって、法が保護すべき「家族」とは何か、という国家法秩序の根幹的決定に関わる問題とも交錯する。大西論文は、法学的な検討と併せて、欧州の政治過程におけるドイツの抵抗や国内政治過程における欧州レベルでの議論の参照など、法秩序の背後にある政治的・社会的ダイナミズムをも描いており、具体例を通じて〈グローバル化の下での法の動態〉に立体的な見通しを与えるものとなっている点も特筆に値する。

本特集への外部投稿論文である松尾論文は、法学者主体の本特集の問題設定を深い部分で共有しつつもこれを相対化しうる視点を、政治理論の立場から提供している。たとえば、「正統性」という概念は、法学・政治学双方で用いられるが、両者の意味は重複しつつもかなり異なっている。当然、何が考察の対象となるかについても、差異が生じる。しかし法学の側でも、規範体系内部の議論に自閉しているのみでは、特にグローバル化の動態に対しての有効な対応を行えない。興津論文が法学者の視点から検討した「アカウントビリティ」には松尾論文も言及しつつ、異なる位置づけが与えられている。本特集の次のプロジェクトとして、法学と政治学の対話が不可欠であることは論を待たないが、その端緒となり得る論点を示唆する松尾論文の投稿を得たことは、本特集にとって幸運であった。

最後に、藤谷論文は、本特集の各論攷を踏まえて、「グローバル化と公法・私法の再編」として現時点の日本の法学にいかなる議論が可能であり、何が今後の課題となるかを検討するとともに、「グローバル化における法と統治という視点を提示し、法（学）内在的な本特集の議論が、法に対して外在的な視点といかに対話可能であるか、という問いを意識しつつ、試論を示している。

なお、本特集の実現にあたっては、基盤研究（B）（平成 24－27 年度）「グローバル化に対応した公法・私法協働の理論構築－消費者法・社会保障領域を中心に」（代表・筆者）の助成を得た。